

ACÓRDÃO N.º 578/2014

Processo n.º 837/14

Plenário

Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

I. Relatório

1. O Representante da República para a Região Autónoma da Madeira (RAM) requereu, ao abrigo do n.º 2, do artigo 278.º, da Constituição da República Portuguesa, e dos artigos 51.º, n.º 1 e 57.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na sua atual redação (LTC), que o Tribunal Constitucional aprecie a conformidade com a Constituição da norma constante do artigo 9.º, n.º 1, *in fine*, do Decreto que lhe foi enviado para assinatura como Decreto Legislativo Regional, que pretende adaptar à Região Autónoma da Madeira o regime jurídico constante do Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de julho (com as alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 91/2013, de 10 de julho).

2. O requerente fundamenta o seu pedido, em síntese, na seguinte ordem de considerações:

Considera o requerente que a parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto em apreço (doravante apenas “Decreto”), ao determinar que os encarregados de educação que pretendam que os seus educandos não frequentem atividades educativas de natureza moral e religiosa tenham que manifestar essa vontade negativa, em lugar de expressamente afirmarem que o pretendem, suscita questões de constitucionalidade já apreciadas pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 423/87.

Neste aresto, em face de uma norma com idêntico teor – *maxime*, o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 323/83, de 5 de julho, na parte em que aí se exigia daqueles que *não* desejassem receber o ensino da religião e moral católicas uma declaração expressa nesse sentido – concluiu o Tribunal pela inconstitucionalidade orgânica e material do preceito. O apuramento de um vício de competência ficou a dever-se ao facto de o regime em causa dizer respeito a direitos, liberdades e garantias, “matéria de reserva relativa da Assembleia da República, sobre a qual o Governo apenas pode legislar quando

munido de uma lei de autorização legislativa”; já o vício material fundou-se na violação do artigo 41.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição.

No entender do requerente, mantêm-se, a propósito da norma em crise, as razões que levaram o Tribunal Constitucional a declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do acervo normativo mencionado *supra*. Não releva, portanto, a circunstância de naquela norma não se encontrar menção a “certa confissão religiosa”, porquanto “uma norma que exija daqueles que não desejam receber o ensino da religião e moral católica uma declaração expressa nesse sentido suscita os mesmos problemas, para este efeito, que uma norma que exija daqueles que não desejam receber o ensino de qualquer religião e moral uma declaração expressa nesse mesmo sentido”.

Conclui o requerente, portanto, que o artigo 9.º, n.º 1, *in fine*, do Decreto, é orgânica e materialmente inconstitucional, por violação, respetivamente, do disposto nos artigos 165.º, n.º 1, alínea *b*) e 227.º, n.º 1, alínea *a*) [por lapso, ter-se-á indicado alínea *b*)], da Constituição, e dos artigos 41.º, n.ºs 1 e 3 e 43.º, n.ºs 2 e 3, do mesmo diploma, numa leitura destes últimos conforme ao disposto no artigo 26.º, n.º 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).

3. O autor da norma, tendo sido notificado para, querendo, responder, veio oferecer o merecimento dos autos.

4. Discutido o memorando, cumpre formular a decisão de acordo com a orientação definida.

II. Fundamentação

A. Delimitação do objeto do pedido

5. A norma cuja constitucionalidade se pretende ver apreciada tem a seguinte redação (os itálicos são nossos):

«(...)

Artigo 9.º

Formação pessoal e social dos alunos

1 – As escolas, no âmbito da sua autonomia e de acordo com o seu projeto educativo, devem desenvolver atividades que contribuam para a formação pessoal e social dos alunos, designadamente nas áreas da educação para a segurança e prevenção de riscos, convivialidade, educação para a saúde, educação financeira, educação para os media, educação para o consumo, educação para o empreendedorismo e *educação moral e religiosa*, direitos humanos, cidadania e inclusão, educação ambiental e desenvolvimento sustentável, de oferta obrigatória para as escolas da rede pública e *de frequência obrigatória para alunos, salvo declaração expressa em contrário do encarregado de educação.*

(...)»

6. A delimitação do objeto do pedido não se reveste, neste contexto, de dificuldade acrescida, visto que o segmento normativo impugnado resulta claramente do pedido efetuado pelo

requerente. Pretende-se, com efeito, que o Tribunal aprecie a constitucionalidade da norma constante do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto que visa adaptar à Região Autónoma da Madeira o regime constante do Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de julho (com as alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 91/2013, de 10 de julho), na parte em que dele decorre que os encarregados de educação que não queiram que os seus educandos frequentem atividades de educação moral e religiosa tenham de manifestar essa vontade negativa.

Dois pontos carecem, ainda assim, de relevo suplementar.

Em primeiro lugar, é notório que, talqualmente delimitado, o pedido incide sobre a exigência de uma declaração expressa em sentido contrário à frequência, pelos alunos, de “atividades de educação moral e religiosa”, independentemente, portanto, de tais atividades se reportarem ao ensino da Educação Moral e Religiosa Católica (EMRC) ou ao ensino de outro tipo de educação moral e religiosa, como abertamente admite o artigo 24.º, da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho, na sua atual redação (Lei da Liberdade Religiosa).

No entanto, como expressamente se adita, o ensino religioso nas escolas públicas passa sobretudo pela disciplina de EMRC, até pela densidade do substrato normativo que abertamente se reporta a essa disciplina, onde se destaca o artigo 19.º, da Concordata celebrada entre o Estado Português e a Santa Sé, assinada em 18 de maio de 2004 na Cidade do Vaticano, ratificada e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 74/2004, de 16 de novembro, o artigo 50.º, n.º 3, da Lei n.º 46/86, de 14 de outubro, na sua atual versão (Lei de Bases do Sistema Educativo), e o Decreto-Lei n.º 70/2013, de 23 de maio, que estabelece o regime jurídico da frequência e da organização da disciplina de EMRC.

Depois, é preciso notar que o pedido não abrange outras questões também já analisadas pela jurisdição constitucional, nos Acórdãos n.ºs 423/87 e 174/93, e que se prendem com a compatibilidade com os princípios constitucionais da separação entre o Estado e as igrejas (cfr. o artigo 41.º, n.º 4, da Constituição) e da não confessionalidade do ensino público (cfr. o artigo 43.º, n.º 3, da Constituição) de alguns aspetos do regime jurídico da frequência de EMRC. Referimo-nos, por exemplo, ao facto de a disciplina de EMRC integrar o currículo nacional e ser de oferta obrigatória por parte dos estabelecimentos de ensino (cfr. o artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 70/2013, de 23 de maio) ou de os docentes da disciplina serem contratados e pagos pelo Estado (cfr. o artigo 8.º, do Decreto-Lei n.º 70/2013, de 23 de maio).

B. Enquadramento da questão de constitucionalidade

7. No quadro da vigência da Constituição de 1933, a Religião Católica emergia inequivocamente como a “religião da Nação Portuguesa” (cfr. o artigo 45.º, n.º 1, da Constituição de 1933, na redação conferida pela Lei n.º 2048, de 11 de junho de 1951), ou pelo menos, desde a revisão constitucional de 1971, como a “religião *tradicional* da Nação Portuguesa” (cfr. o artigo 46.º, da Constituição de 1933, na redação conferida pela Lei n.º 3/71, de 16 de agosto). Assim se explica o disposto na Base VII, da Lei n.º 4/71, de 1 de agosto, sobre liberdade religiosa, onde, no n.º 1, se lia que “o ensino ministrado pelo Estado será orientado pelos princípios da doutrina e moral cristãs, tradicionais do país”, proposição mais tarde reafirmada pela Lei n.º 5/73, de 25 de julho, sobre as bases do sistema educativo (cfr. a alínea *a*), do n.º 2, da Base III). A “para-confessionalidade” do ensino público, reveladora de um estádio de “imbricação” entre o Estado e a Igreja Católica, era igualmente requerida pelo artigo XXI da Concordata celebrada entre o Estado Português e a Santa Sé, de 7 de maio de 1940, (mais tarde confirmada pelo artigo II, do Protocolo Adicional de 15 de fevereiro de 1975).

A entrada em vigor da Constituição de 1976 conferiu renovado rumo às relações entre o Estado e as igrejas, deixando a lei fundamental de integrar qualquer referência distintiva à Igreja Católica, circunstância que provocou a desatualização de diversas normas constantes da Concordata de 1940, entre elas o já supramencionado artigo XXI, 1.ª parte (cfr., neste sentido, Jorge MIRANDA, «Liberdade Religiosa, Igrejas e Estado em Portugal», *Nação e Defesa*, ano XI, n.º 39, 1986, pp. 133). O Decreto-Lei n.º 323/83, de 5 de julho, ambicionou, conforme consta dos respetivos considerandos preambulares, “proceder à regulamentação do preceito concordatário no que respeita à lecionação da disciplina de Religião e Moral Católicas”, preceituando, no seu artigo 2.º, n.º 1, que “ministrar-se-á o ensino da Religião Moral Católicas (...) aos alunos cujos pais, ou quem suas vezes fizer, *não declararem expressamente desejo em contrário*”. O Acórdão n.º 423/87, pelas razões que *infra* se apreciará de forma mais minuciosa, declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade orgânica e material daquele normativo, conduzindo à aprovação da Portaria n.º 344-A/88, de 31 de maio, em cujo artigo 3.º se passou a estatuir que “só é vinculativa para o efeito da frequência da disciplina de Religião e Moral Católicas a *declaração positiva feita nesse sentido*”.

Um outro efeito da declaração proferida pelo Tribunal naquele aresto foi o de assinalar o dever do Estado de, em face da posição de benefício fático e normativo de que gozava a Igreja Católica em matéria de ensino da religião nas escolas públicas, conceder, às demais confissões religiosas (não católicas), “*um tratamento afim*”, organizando, na medida das suas possibilidades, meios institucionais e financeiros que viabilizassem o ensino daquelas confissões (cfr., neste sentido, Jorge MIRANDA, ob. cit., pp. 134-135). Surge, assim, não sem algum atraso, o Decreto-Lei n.º 329/98, de 2 de novembro, que dispõe, no artigo 3.º, n.º 1, que “nas escolas públicas dos ensinos básico e secundário, podem ser ministradas aulas de Educação Moral e Religiosa *de cada uma das confissões religiosas com implantação em Portugal*”, aulas essas que, durante algum tempo, se configuraram como de frequência *alternativa* à Disciplina de Desenvolvimento Pessoal e Social (cfr. o artigo 4.º, n.º 1, do mesmo diploma, revogado pelo Decreto-Lei n.º 6/2001, de 18 de janeiro). Em consonância, pode agora ler-se no artigo 24.º, n.º 1, da Lei da Liberdade Religiosa, o seguinte:

«(...)

As igrejas e demais comunidades religiosas ou, em sua vez, as organizações representativas dos crentes residentes em território nacional, desde que inscritas, por si ou conjuntamente, quando para o efeito professem uma única confissão ou acordem num programa comum, podem requerer ao membro do Governo competente em razão da matéria que lhes seja permitido ministrar ensino religioso nas escolas públicas do ensino básico e do ensino secundário que indicarem.

(...»

O ensino da disciplina de educação moral e religiosa surge, atualmente, disciplinada por um conjunto de diplomas que importa, naturalmente, relevar. Destaca-se, desde logo, a Lei de Bases do Sistema Educativo, de onde resulta, reiterando o disposto no artigo 43.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, que o “Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”, e que, em coerência, “o ensino público não será confessional”. Importa sublinhar, com relevo para a presente questão de constitucionalidade, o preceituado no artigo 50.º, n.ºs 2 e 3, daquele diploma:

«(...)

2 – Os planos curriculares do ensino básico incluirão em todos os ciclos e de forma adequada uma área de formação pessoal e social, que pode ter como componentes a educação ecológica, a educação do consumidor, a educação familiar, a educação sexual, a prevenção de acidentes, a educação para a saúde, a educação para a participação nas instituições, serviços cívicos e outros do mesmo âmbito.

3 – Os planos curriculares do ensino básico integram ainda o ensino da moral e da religião católica, a título facultativo, no respeito pelos princípios constitucionais da separação da Igreja e do Estado e da não confessionalidade do ensino público.

(...»

Na sequência da fixação destas bases – que são, sublinhe-se, matéria de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos do artigo 164.º, alínea *i*), da Constituição – o Governo aprovou, ao abrigo da alínea *c*), do n.º 1, do artigo 198.º, dois importantes decretos-leis de desenvolvimento: o Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de julho, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 91/2013, de 10 de julho, e o Decreto-Lei n.º 70/2013, de 23 de maio, já mencionado. Não há dúvidas de que, tendo o Governo mobilizado inequivocamente a sua competência legislativa derivada e integrando-se as referidas bases na competência legislativa reservada da Assembleia da República, os decretos-leis explicitados estarão “subordinados” à lei cujas bases pretendem desenvolver.

Ora, o Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de julho, vem estabelecer os princípios orientadores da organização e da gestão dos currículos dos ensinos básico e secundário, nunca deixando de sublinhar o caráter “facultativo” da frequência da disciplina de educação moral e religiosa (cfr. os artigos 15.º e 19.º do diploma). Já o Decreto-Lei n.º 70/2013, de 23 de maio, veio adaptar o regime jurídico da frequência da disciplina de EMRC às “transformações ocorridas nos planos nacional e internacional”, atinentes, respetivamente, à nova Constituição democrática, e à nova Concordata celebrada, em 2004, entre o Estado Português e a Santa Sé. Esta, inclusivamente, dispõe, no artigo 19.º, n.º 2, que “*a frequência do ensino da religião e moral católicas nos estabelecimentos de ensino público não superior depende de declaração do interessado*”. Em perfeita consonância com esta diretriz internacional está o artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 70/2013, quando aí se diz que “*compete ao encarregado de educação, no caso de o educando ser menor de 16 anos, exercer o direito de o mesmo frequentar a disciplina de EMRC, procedendo, para o efeito, à sua declaração de vontade no ato de matrícula no respetivo estabelecimento de ensino*” (os itálicos são nossos).

Finalmente, há que destacar o disposto no artigo 24.º, da Lei da Liberdade Religiosa. Do n.º 2 deste normativo resulta que “a educação moral e religiosa é *opcional* e não *alternativa* relativamente a qualquer área ou disciplina curricular”. Do n.º 3 avulta que “o funcionamento das aulas de ensino religioso de certa confissão ou programa depende da existência de um mínimo de alunos, que tenham, pelo encarregado de educação, *expressa e positivamente*, o desejo de frequentar a disciplina” (os itálicos são nossos). Na doutrina, questiona-se se, atento o que dispõe o artigo 58.º, deve o artigo 24.º aplicar-se à educação moral e religiosa *católica* ou se, pelo contrário, vale aquele preceito exclusivamente para as comunidades religiosas não católicas que pretendam ministrar o ensino da sua religião na escola pública (cfr., sobre o tema, Miguel ASSIS RAIMUNDO, «Direito Administrativo da Religião», *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. VI, Almedina, 2012, pp. 367-368). Independentemente da resposta que haja de dar-se a esta problemática, não há dúvida de que a frequência da disciplina de educação moral e religiosa não católica nas escolas públicas depende, *inequivocamente*, de uma manifestação *expressa e positiva* de vontade nesse sentido por parte dos interessados.

É neste contexto que surge o Decreto ora objeto de escrutínio, que visa, portanto, adaptar e adequar as disposições constantes do Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 91/2013, de 10 de julho, ao “sistema educativo regional”. Trata-se de um decreto para ser assinado como Decreto Legislativo Regional, emanado pela Assembleia Legislativa da RAM ao abrigo da alínea *a*), do n.º 1, do artigo 227.º, da Constituição e, sublinhe-se, da alínea *o*) do artigo 40.º, do Estatuto Político-Administrativo da RAM, aprovado pela Lei n.º 13/91, de 5 de junho, na sua atual versão (“educação pré-escolar, ensino básico, superior e especial”).

C. Da inconstitucionalidade orgânica do artigo 9.º, n.º 1

8. Argumenta o requerente que o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, é organicamente inconstitucional, por violação dos artigos 165.º, n.º 1, alínea *b*), e 227.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição, na medida em que incide sobre matéria de reserva relativa de competência da Assembleia da República.

Sublinhe-se, como ponto prévio, que a questão não é *ainda* a de saber se a exigência de uma declaração em sentido negativo para o ensino da religião não se tornar obrigatório é suscetível de contender com a liberdade religiosa ou com a não confessionalidade do ensino público, mas apenas a de saber se a RAM é constitucionalmente *competente* para a introdução de tal “fórmula”.

Vejamos.

8.1. No que toca à competência legislativa das Regiões Autónomas, são sobejamente conhecidos os elementos de flexibilização e de alargamento trazidos pela revisão constitucional de 2004, por banda, concretamente, do desaparecimento das referências às “leis gerais da República” e à cláusula geral do “interesse específico regional”, conjugadas, ainda, com o reenvio para os estatutos das matérias sobre as quais pode recair a autonomia legislativa das regiões autónomas. Assim, de acordo com a interpretação sufragada pela jurisprudência constitucional, a Constituição subordina o exercício da competência legislativa regional à verificação cumulativa de três requisitos, a saber: *(i)* conter-se a legislação sindicada no âmbito regional, *(ii)* estarem as matérias em causa enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo, e *(iii)* não estarem essas matérias reservadas aos órgãos de soberania (cfr., entre outros, os acórdãos n.ºs 246/05, 258/07, 423/08, 613/11, 374/13, 793/13 e 55/14, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

Sem cuidar do concreto alcance destes requisitos e das interrogações que, a esse propósito, não cessam de se levantar, é indubitável que às “matérias reservadas aos órgãos de soberania” hão de pelo menos reconduzir-se aquelas que surgem elencadas nos artigos 161.º, 164.º, 165.º e 198.º, n.º 2, da Constituição (cfr. o acórdão n.º 415/05, disponível em www.tribunalconstitucional.pt). Por isso, a argumentação do requerente é precisamente no sentido de que a norma em crise incide sobre matéria de direitos, liberdades e garantias (cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição) - *maxime*, sobre a liberdade de religião e a não confessionalidade do ensino público, consagrados nos artigos 41.º e 43.º, da Constituição, respetivamente - estando a respetiva norma, por esse motivo, subtraída ao poder legislativo das regiões, que nem sequer podem ser autorizadas a legislar sobre ela (cfr. o artigo 227.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição).

Posto isto, cumpre enunciar as coordenadas constitucionais que servirão de “bússola” ao apuramento, do ponto de vista orgânico, da conformidade constitucional da parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto. Pensa-se que, à luz do lastro jurisprudencial sobre o tema e convocando os pertinentes contributos doutrinários, essas coordenadas são as a seguir enunciadas.

Dir-se-á, em primeiro lugar, que os direitos, liberdades e garantias – e, entre eles, a liberdade religiosa e os seus corolários institucionais – são uma daquelas matérias em que o nível de competência legislativa reservada à Assembleia da República é mais “exigente”, porquanto diz respeito a toda a regulamentação legislativa e não apenas às bases ou ao regime geral de um dado domínio (cfr. a taxonomia proposta por J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra Editora, 4.ª ed. revista, 2010, p. 325, reiterada, entre outros, nos acórdãos n.ºs 494/99, 258/06 e 793/13, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). Essa maior exigência - que vale tanto para as restrições, como para a restante intervenção normativa conformadora, condicionadora ou até ampliadora de direitos, liberdades e garantias – traduz-se, desde logo, na circunstância de estes domínios não poderem, com exceção do decreto-lei autorizado, ser objeto de

diploma legislativo, configurando-se o poder regulamentar do Governo e dos órgãos regionais como meramente “executivo”.

O mesmo é dizer, portanto, que debruçando-se um dado normativo – não emanado pela Assembleia da República nem pelo Governo, com autorização legislativa - sobre matéria atinente a direitos, liberdades e garantias (a), a sua conformidade constitucional, a nível competencial, está dependente do carácter “não inovatório” – *rectius*, puramente “executivo” - das prescrições que ele contenha (b) - cfr. os acórdãos n.ºs 307/88 e 258/06, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

Como já se disse, o Tribunal Constitucional apreciou, no acórdão n.º 423/87, questão de constitucionalidade substancialmente idêntica à que agora se levanta. Apurou o Tribunal, nesse aresto, que o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 323/83, de 5 de julho, não se limitava a reproduzir o disposto no n.º 4, da Base VII, da Lei n.º 4/71, de 21 de agosto (“no ato de inscrição em qualquer estabelecimento em que se ministre o ensino de religião e moral aquele a quem competir declarará *se o quer ou não*”). Ou seja, no entender do coletivo, o mencionado artigo 2.º, n.º 1:

«(...)

Ao optar por uma exclusiva declaração de conteúdo negativo – a quem não declarar desejo em contrário será ministrado o ensino – elegeram apenas um dos termos da dualidade referida no n.º 4 da Base VII da Lei n.º 4/71 e inviabilizou a hipótese de uma interpretação conforme à Constituição (...).

O conteúdo inovatório e restritivo assim introduzido em matéria de direitos, liberdades e garantias, à revelia da Assembleia da República, não pode deixar de originar inconstitucionalidade orgânica por violação do disposto no artigo 168.º, n.º 1, alínea b) da Constituição.

(...)

8.2. Ora, posto isto, de acordo com o método respaldado *supra*, é de concluir que o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, na medida em que exige dos interessados a manifestação de uma vontade negativa no que concerne a frequência da disciplina de educação moral e religiosa, conecta-se com a matéria da liberdade de religião (cfr. o artigo 41.º, da Constituição), não só no que respeita às suas dimensões subjetivas negativas, de reserva pessoal das convicções religiosas (cfr. o artigo 41.º, n.º 3, da Constituição), como também às suas dimensões objetivas e institucionais, mormente aos princípios da separação entre Estado e as igrejas (cfr. o artigo 41.º, n.º 4, da Constituição) e da não confessionalidade do ensino público (cfr. o artigo 43.º, n.º 3, da Constituição).

Por outro lado, não estão em causa pormenores meramente “executivos” da liberdade de religião e do ensino religioso nas escolas públicas, que hajam de ter-se por não incluídos no âmbito da reserva relativa de competência da Assembleia da República. Com efeito, a disciplina introduzida imbrica com o posicionamento simbólico do Estado perante a religião e com o próprio *modo* de exercício de uma liberdade negativa, *in casu*, a liberdade de *não ter* ensino religioso.

Neste sentido, a “fórmula” introduzida pelo artigo 9.º, n.º 1, parte final, do Decreto reveste, certamente, carácter *inovatório* relativamente ao disposto quer no artigo 19.º, n.º 2, da Concordata de 2004, quer na Lei de Bases do Sistema Educativo (cfr. o artigo 50.º, n.º 3). Apesar de o anexo II (Partes A e B) do Decreto qualificar a disciplina de “Educação Moral e Religiosa” como de “*frequência facultativa, nos termos do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de julho*”, o preceito em crise *interpreta* aquelas coordenadas em termos substancialmente diversos ou, pelo menos, potencialmente adulteradores. De facto, uma situação em que a frequência de uma disciplina é *facultativa*, estando dependente de declaração do interessado, não se confunde com uma outra, em que tal frequência é “*obrigatória*”, “salvo declaração expressa em contrário do encarregado de educação”. Adicionalmente, o preceito mostra-se, naquele segmento, em aberta contradição com o artigo 24.º, n.º 3, da Lei da Liberdade Religiosa, na

medida em que aí se reclama uma declaração *expressa e positiva* dos interessados em frequentar a disciplina de educação moral e religiosa não católica (e católica, se se entender que o artigo 24.º também se aplica ao ensino da EMRC).

9. Conclui-se, portanto, pela inconstitucionalidade orgânica da norma contida no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, por violação dos artigos 165.º, n.º 1, alínea *b*), e 227.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição.

D. Da inconstitucionalidade material do artigo 9.º, n.º 1

10. Segue-se a apreciação da inconstitucionalidade material do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, por dele resultar, no entendimento do requerente, violação do direito a não ser inquirido sobre as suas convicções religiosas (cfr. artigo 41.º, n.º 3, da Constituição), da proibição do dirigismo estatal na educação e da não confessionalidade do ensino público (cfr. artigo 43.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição), “numa leitura destes conforme ao disposto no artigo 26.º, n.º 3, da DUDH”.

10.1. Cumpre, antes de quaisquer outras considerações, caracterizar os direitos fundamentais alegadamente postos em causa pelo Decreto.

Assume-se a liberdade religiosa como um direito, liberdade e garantia de tipo *pessoal*, expressamente consagrado no artigo 41.º, da Constituição, cujo particular relevo e sensibilidade se percebem, desde logo, no facto de um tal direito estar garantido mesmo em situação de estado de exceção (cfr. o artigo 19.º, n.º 6, da Constituição). Enquanto direito de defesa – isto é, nas suas dimensões negativas – recorta uma esfera de decisão íntima e inviolável por parte do Estado, ou seja, um espaço inexpugnável para a tomada de decisões pessoais, tais como a liberdade de ter ou não religião, de mudar de religião ou de não revelar as suas convicções religiosas. A liberdade religiosa permite também a exteriorização das convicções religiosas, através da liberdade de praticar ritos de religião em público e em privado, do direito de transmitir a religião a outras pessoas e de utilizar os meios de comunicação social para esse efeito (cfr. o acórdão n.º 544/14, disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

Paralelamente a esta dimensão negativa, a liberdade religiosa acha-se igualmente associada a certas dimensões positivas ou prestacionais por parte do Estado, que tem o dever de garantir as condições para que tal liberdade possa ser exercida. A amplitude deste dever permanece controversa, revelando-se particularmente sensível no domínio da abertura das escolas públicas ao ensino religioso. Trata-se, com efeito, de uma manifestação apta a colidir ou pelo menos a “perturbar” certas dimensões ou corolários institucionais da liberdade de religião, tais como o princípio da separação entre o Estado e as igrejas (cfr. artigo 41.º, n.º 4, da Constituição), umbilicalmente ligado ao princípio da não confessionalidade ou da neutralidade do Estado em matéria religiosa. Ou seja, o Estado não se identifica com nenhuma religião e deve, por conseguinte, abster-se de considerações de natureza valorativa no que toca à esfera religiosa, exigência que pode também ser lida como uma “garantia institucional” do princípio da igualdade [cfr. Jónatas MACHADO, «Tomemos a sério a separação das igrejas do Estado (Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/93)», *Revista do Ministério Público*, n.º 58, 1994, p. 60]. Aquela não confessionalidade transmite-se igualmente ao ensino público (cfr. artigo 43.º, n.º 3, da Constituição), que não pode ser religiosamente orientado, muito embora o Estado possa autorizar que as diversas confissões religiosas ministrem elas mesmas o ensino da sua

religião nas escolas públicas (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 627).

10.2. A liberdade religiosa encontra enorme amparo no direito internacional dos direitos do homem, manifestando-se aí através de inúmeras concretizações positivas. Como se lê no acórdão n.º 544/2014 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt):

«(...)

Para além da sua consagração constitucional, a liberdade de religião não deixa de ter expressivo acolhimento no ordenamento jurídico internacional, universal e regional, enquanto direito do Homem, e no ordenamento jurídico da União Europeia no respetivo catálogo de direitos fundamentais – a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) –, hoje beneficiando da força vinculativa do direito originário da União Europeia (artigo 6.º/1 do Tratado da União Europeia).

(...)

Destacam-se, com efeito, o artigo 18.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 18.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, os artigos I e VI da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação baseadas na Religião ou na Crença (aprovada pela Assembleia Geral, através da Resolução 36/55, de 25 de novembro de 1981), o artigo 2.º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (aprovada pela Assembleia Geral, através da Resolução 47/135, de 18 de fevereiro de 1992), e, já no quadro do Conselho da Europa, o artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os artigos 7.º e 8.º da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1 de fevereiro de 1995, e, no âmbito da União Europeia, o artigo 10.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (cfr., para além do acórdão n.º 544/14, já mencionado, o contributo de Ana Maria GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia – Da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do Ser Humano*, Almedina, 2010, pp. 120-126).

Não obstante esta orientação de sentido, a temática da educação religiosa nas escolas públicas é permeada por diversas perspetivas, que vão desde a radical proibição do ensino religioso (“secularismo militante”) – modelo vigente, por exemplo, em França – à educação católica obrigatória e organizada, financiada e ministrada pelo Estado – como sucede, por exemplo, na Finlândia (v., sobre o tema, Merilin KIVIORG, «Distinctive Religious Character», *Balancing freedom, autonomy and accountability in education*, ed. por Charles L. Gleen/Jan de Groof, WLP, 2012, p. 236 e ss., e Dominic MCGOLDRICK, «Religion in the European Public Square and in European Public Life – Crucifixes in the Classroom?», *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, p. 454).

Esta diversidade vem sendo objeto de permanente escrutínio pela jurisprudência nacional, internacional e europeia, reveladora de uma interligação entre os catálogos de direitos fundamentais “dirimida” pelo *princípio do nível mais elevado de proteção* (cfr., na doutrina estrangeira, entre muitos outros, J. H. H. WEILER, «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on standards and values in the protection of Human Rights», *The European Union and Human Rights*, ed. por N. A. Neuwahl/Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 51 e ss, e Leonard F. M. BESSELINK, «Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, vol 35, 1998, pp. 629-680; e, na doutrina portuguesa, entre outros, Ana Maria GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, 2012, pp. 244-262, Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2006, p. 281 e ss., Mariana Rodrigues CANOTILHO, *O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico- Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p.

113 e ss., e Suzana TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Imprensa da Universidade, 2011, p. 23).

No caso *Lautsi v. Itália* (n.º 30814/06), analisando um normativo italiano onde se previa a obrigatoriedade de inclusão de crucifixos nas escolas públicas, o TEDH concluiu que, na ausência de um “consenso europeu” ao nível da relação Estado-religião, deveria ser dada aos Estados considerável “margem de apreciação” na ponderação entre a importância do simbolismo religioso e cultural do crucifixo, por um lado, e a *ofensa* à liberdade religiosa da minoria atea. Quer neste, quer noutros casos (v., por exemplo, os casos *Folgero v. Noruega* e *Zengin v. Turquia*), ficou claro que a particular “visibilidade” de uma dada religião no ambiente ou no currículo da escola pública não constitui, *per se*, uma forma de “doutrinação” (*indoctrination*), fronteira ultrapassada a qual a compressão do artigo 9.º, da CEDH, se torna, no entender do Tribunal, injustificável (sobre o tema, v., entre outros, Dimitrios KYRITSIS/Stavros TSAKYRAKIS, «Neutrality in the classroom», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, pp. 200-217, e também o acórdão n.º 544/14, já mencionado).

Entre nós, questão idêntica à suscitada nos presentes autos foi já apreciada no acórdão n.º 423/87. Concluiu o Tribunal que o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 323/83, de 5 de julho, ao interpretar o silêncio do interessado como aquiescência quanto ao recebimento do ensino da religião e moral católicas, violava a liberdade religiosa, concretamente, o direito de guardar reserva pessoal sobre as escolhas religiosas. Como é possível ler no aresto em questão:

«(...)

Através deste dispositivo obriga-se, eventualmente como defesa e em proteção das respetivas convicções religiosas, a exteriorização de uma manifestação de vontade, que se desejaria silenciar e manter no domínio da estrita reserva pessoal.

Ora, toda a liberdade de não fazer – no caso em presença, a liberdade negativa de religião – é violada quando se exige e impõe um ato, um *facere* (a manifestação de uma declaração de vontade) como condição indisponível e necessária à sua usufruição. O exercício dos direitos (direito à religião) poderá eventualmente estar dependente da prática de um qualquer ato (requerimento, declaração, etc), mas não já o exercício das liberdades, de uma liberdade de não fazer, que consiste justamente em não agir, sendo assim, quanto a estas, de todo inaceitável qualquer exigência material que condicione a sua prática e exercício.

(...)»

Numa das inúmeras declarações de voto aposta à decisão (Conselheiro Vital Moreira), desenvolve-se o argumento em que assentou a declaração de inconstitucionalidade:

«(...)

Tenho por simplesmente inquestionável que a exigência de uma declaração para não se ter aulas de uma religião agride grosseiramente a liberdade religiosa. Ninguém pode ser obrigado a fazer nada para fruir de uma liberdade negativa, ou seja, a liberdade de não fazer (no caso a liberdade de não ter ensino religioso). As liberdades negativas fruem-se pura e simplesmente não fazendo. É absurdo exigir uma declaração negativa às pessoas que não querem, por exemplo, casar-se, ou exprimir-se, ou escrever na imprensa, ou emigrar, ou reunir-se, etc. A Constituição garante sobretudo a liberdade de não ter ensino religioso, e não apenas o direito de o recusar.

(...)»

10.3. Atento este precedente, entende o Tribunal que a questão a que urge dar resposta é, no essencial, a de saber se a parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, comporta uma violação da liberdade religiosa, expressamente consagrada no artigo 41.º, n.º 1, da Constituição.

Como já se referiu, a liberdade religiosa é um direito, liberdade e garantia, que vincula todas as entidades públicas e privadas e que goza de aplicabilidade direta, valendo *sem lei e contra a lei* (cfr. artigo 18.º, n.º 1, da Constituição). Estamos, portanto, perante um direito que, em certas dimensões, apresenta um conteúdo e um sentido determináveis no plano constitucional, impondo às entidades a ele vinculadas proibições e injunções plenamente concretizáveis sem necessidade de intervenção legislativa (J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, 2012, p. 193 e ss.).

De facto, enquanto liberdade negativa, a liberdade religiosa consiste fundamentalmente numa liberdade de “não-fazer”: ninguém é obrigado a ter ou a professar uma religião, e, conseqüentemente, ninguém é obrigado a usufruir de ensino religioso. O gozo destas liberdades faz-se, precisamente, “não agindo”, o que significa que, nesta dimensão, a liberdade religiosa é tendencialmente avessa a qualquer tipo de intervenção normativa. Ao modelar o acesso ao ensino religioso na escola pública através da exigência de uma declaração negativa, o legislador regional introduz no ordenamento jurídico o *direito de recusar o ensino religioso*, porquanto, ao nada ser dito, tal ensino converte-se numa disciplina de frequência *obrigatória*. Ou seja, passa a reclamar-se do indivíduo um comportamento positivo para que possa continuar a fruir de uma liberdade negativa, algo que constitui, *per se*, uma violação do preceito constitucional que proscreve qualquer atuação estadual de orientação ou interferência naquele reduto individual de “não-exercício” em que se traduz a liberdade religiosa.

Por outro lado é também afetada a não confessionalidade do ensino público (cfr. artigo 43.º, n.º 3, da Constituição), à qual, mesmo não sendo de reconhecer uma *dimensão subjetiva*, há que estender, enquanto *garantia institucional* inerente à liberdade religiosa, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias (cfr., neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 185 e 186).

Conclui-se, portanto, que o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, viola diretamente os artigos 41.º, n.º 1, e 43.º, n.º 3 da Constituição, estando, destarte, ferido de inconstitucionalidade material.

III. Decisão

11. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma contida na parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, por violação dos artigos 165.º, n.º 1, alínea b), 227.º, n.º 1, alínea a), 41.º, n.º 1 e 43.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Lisboa, 28 de agosto de 2014 – José da Cunha Barbosa – Carlos Fernandes Cadilha – Catarina Sarmiento e Castro – Pedro Machete – Ana Guerra Martins – Maria Lúcia Amaral – Joaquim de Sousa Ribeiro